

REVISTA DIREITOS CULTURAIS - RDC

v. 8, n. 17. janeiro/abril.2014

pp. 15/31

**A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTONOMIA PÚBLICA NO
PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS*****THE PRIVATE AUTONOMY AND THE PUBLIC AUTONOMY WITHIN
JÜRGEN HABERMAS' THOUGHT****Liton Lanes Pilau Sobrinho¹**Rafael Padilha dos Santos²*

Resumo: Atendo-se às ideias de Habermas na obra *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, constata-se que o sistema dos direitos contém os direitos que os cidadãos devem outorgar entre si como condição para uma regulação legítima da sua convivência. Na teoria discursiva de Habermas, a práxis de autonomia política não pode se desvincular a uma dimensão intersubjetiva, em que o processo legislativo democrático deve auferir força legitimadora mediante um processo de entendimento entre os cidadãos sobre as regras que devem ordenar sua convivência. Nessa práxis, no entanto, merece ser esclarecida a conexão problemática entre liberdades subjetivo-privadas e a autonomia pública. Assim, este texto, partindo do pensamento de Habermas, buscará clarear a possibilidade de compatibilizar autonomia privada e autonomia pública, em fundamentar o motivo pelo qual direitos humanos e soberania popular pressupõem-se reciprocamente. Para Habermas o sistema dos direitos deve resultar de uma co-originariedade da autonomia privada e pública mediante a tradução do modelo da autolegislação por uma teoria do discurso, ao apreçoar que os participantes são, além de destinatários, também autores de seus direitos.

Palavras-chave: Autonomia privada. Autonomia política. Princípio do discurso. Democracia. Jürgen Habermas.

Abstract: Being guided by the ideas of Habermas on the work “*Between Facts and Norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy”, it appears that the system of rights contains rights that citizens should grant each other as a condition for a legitimate regulation of their coexistence. In Habermas's discourse theory, the praxis of political autonomy cannot ignore an intersubjective dimension, where the democratic legislative process should earn legitimating force through a process of understanding among citizens about the rules that should sort their coexistence. In this practice, however, it should be clarified the problematic connection between subjective-private liberties and public autonomy. Thus, this text, based on the theory of Habermas, seeks to clarify the possibility of reconciling private autonomy and public autonomy in support of why human rights and popular sovereignty presuppose each other. For Habermas the system of rights should result in a common origin between private and public autonomy through the translation of the model of self-legislation by a theory of discourse, to proclaim that participants are in addition to destinaries, also authors of their rights.

Keywords: Private autonomy. Public autonomy. Principle of discourse. Democracy. Jürgen Habermas.

Considerações iniciais

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor da Universidade de Passo Fundo.

² Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em processo civil pela UNIVALI e em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo, na Rússia. É Professor do curso de Direito da UNIVALI e está cursando o doutorado na UNIVALI com dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia, na Itália, tendo realizado doutorado sanduíche na Università degli Studi di Perugia com bolsa CAPES, mediante processo nº 18034-12-8.

O tema deste artigo versa sobre a interrelação entre soberania do povo e direitos humanos, e a cooriginariedade da autonomia pública e da autonomia privada, tendo sido elaborado com base no pensamento de Jürgen Habermas. Adota-se como bibliografia base do autor a obra *Direito e democracia*, escrita por Habermas, em primeira instância, não como uma teoria do direito ou uma teoria da justiça, mas como uma teoria crítica da sociedade.³

Para a teoria do discurso, o direito coercitivo não pode obrigar os cidadãos a renunciar ao exercício da liberdade comunicativa e deixar de se posicionar diante da pretensão de legitimidade do direito, ou seja, não pode forçar os cidadãos a renunciar à atitude performativa em relação ao direito e impor apenas a atitude objetivante de um ator que decide com base em suas preferências pessoais e mediante um cálculo de utilidade. Desse modo, a teoria discursiva habermasiana reconstrói um novo sistema de direitos baseado na associação de cidadãos que elaboram o direito positivo para assim legitimá-lo, revelando através do princípio da soberania popular um vínculo interior entre autonomia privada e autonomia pública.

Habermas assim situa o princípio da democracia como cerne de um sistema de direitos, entendendo que o processo democrático, ao mesmo tempo em que se relaciona com liberdades subjetivas, também implica o procedimento de legitimação mediante igual participação dos cidadãos.

1 A relação do direito com o mundo da vida e os sistemas

A teoria da ação comunicativa de Habermas diferencia entre um mundo da vida vinculado ao *medium* da linguagem coloquial não especializada e os sistemas regidos por códigos especiais – com discursos especializados, a exemplo da economia e da política. Essa teoria não atribui aos discursos especializados um *status* superior na resolução de problemas em comparação à linguagem coloquial. Habermas⁴ compara a linguagem coloquial à mão para explicar sua qualidade de multifuncionalidade, ou seja, assim como a mão pode desempenhar as mais diferentes funções – seja escrever, seja edificar uma casa etc. –, a linguagem ordinária tem uma capacidade de interpretação vastíssima e um âmbito de circulação amplo, nas palavras de Habermas: “ela é naturalmente poliglota, não havendo necessidade de pagar o preço da especialização – ou seja, ficar surda aos problemas formulados numa linguagem estranha.”⁵

Assim, a linguagem coloquial é mais aberta aos problemas da sociedade global e, enquanto meio para definição e formulação de problemas, não está condicionada a um único código. Considerando a qualidade multifuncional da linguagem coloquial, a especificação funcional do mundo da vida é realizada de modo que os três componentes do mundo da vida

³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194.

⁴ *Idem*. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 81.

⁵ *Idem*, *Ibidem*.

(cultura, sociedade e estruturas da personalidade) sejam diferenciados dentro dessa circunscrição quase ilimitada da linguagem coloquial, mantendo, no entanto, a interligação entre tais componentes por tal meio da linguagem.

De modo diverso à diferenciação dos três componentes do mundo da vida é a diferenciação formadora de sistemas, que prescinde da linguagem comum e serve-se de códigos especiais. Com efeito, a partir do componente social do mundo da vida constituem-se dois sistemas funcionais: a economia, através do meio dinheiro; e a administração, pelo meio do poder.⁶

O circuito de comunicação do mundo da vida cessa ao se deparar com os meios do dinheiro e do poder, os quais não escutam a linguagem coloquial – ou seja, os códigos do dinheiro e do poder estão diferenciados da linguagem coloquial, bem como separados dela. Portanto, ainda que a linguagem coloquial seja multifuncional, ainda que seja um horizonte do entendimento, não pode fazer suas mensagens penetrarem a todos os destinatários de modo eficaz.

Porém, entre sistema e mundo da vida está o direito, o qual desempenha uma função mediadora entre ambos. Conceituando o direito, afirma Habermas: “Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição.”⁷ Habermas⁸ considera o direito como um sistema de saber, por representar um saber cultural expresso mediante proposições e interpretações normativas; e como um sistema de ação, em que o direito é entendido como instituição, como explica Habermas: “No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação;”⁹ O sistema de saber concentra-se nas instituições jurídicas, apresentando-se de modo dogmático e ligado a uma moral que é orientada por princípios.¹⁰

Para a teoria da ação comunicativa, o direito, como sistema de ação, constitui um componente social do mundo da vida, enquanto uma ordem legítima que se tornou reflexiva. Como esse componente social, bem como a cultura e as estruturas da personalidade, dependem da ação comunicativa para reproduzir-se, também as ações jurídicas são o meio pelo qual se reproduzem as instituições do direito simultaneamente com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito. As regras do direito estão representadas nos três componentes do mundo da vida (cultura, sociedade e estruturas da personalidade), os quais participam originariamente na produção de ações jurídicas. O código do direito, assim, comunica-se pela linguagem coloquial em que passam as realizações de entendimento do mundo da vida, como expressa Habermas: “Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização.”

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 82.

⁷ *Idem*, p. 110.

⁸ *Idem*, p. 111.

⁹ *Idem*, p. 150.

¹⁰ *Idem*, *Ibidem*.

Além disso, o código do direito também porta as mensagens da linguagem coloquial a fim de tornar compreensível o mundo da vida para os códigos da economia e da administração. As mensagens da linguagem coloquial dirigidas ao comportamento, para serem traduzidas nos códigos especiais, precisa do direito, pois o direito se comunica com os meios de controle do dinheiro e do poder e, assim, “impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa.”¹¹ Deste modo, as mensagens de conteúdo normativo da linguagem coloquial precisam ser traduzidas no código representado pelo direito para conseguir fazer-se escutar naqueles âmbitos de ação regidos por meios sistêmicos de controle, já que o direito é aberto igualmente tanto ao sistema quanto ao mundo da vida.¹²

Isso significa que o direito, de um lado, deve cumprir as exigências funcionais dos sistemas, como são exemplos os direitos liberais e os direitos sociais; os direitos liberais podem ser entendidos sob a ótica funcional, enquanto “a institucionalização de um sistema econômico dirigido pelo mercado”¹³ – além da ótica normativa que aponta para a garantia de liberdades subjetivas; e os direitos sociais, na ótica funcional, significam “a instalação de burocracias do Estado do bem-estar social”¹⁴ – sendo sua ótica normativa as garantias sociais para a participação na riqueza social. Sob tal perspectiva, o direito conduz a uma “renúncia privatista do papel de cidadão”¹⁵, levando à redução do papel de cidadão a uma relação de mero cliente da administração pública – em uma relação paternalista com o Estado.

De outro lado, o direito deve satisfazer também as condições para uma integração social, o que é empreendido pelas operações de entendimento intersubjetivo de indivíduos que agem comunicativamente, ou seja, pela aceitabilidade de pretensões de validade.¹⁶

2 O sistema dos direitos, a integração social e o processo legislativo democrático

Habermas¹⁷ esclarece que há uma tensão entre facticidade e validade no sistema dos direitos por força da ambivalência que pode ser identificada na validade jurídica. Para essa explicação, Habermas parte dos direitos que os cidadãos devem reconhecer reciprocamente para que sua convivência seja regulada de modo legítimo através dos meios do direito positivo.

Habermas identifica o direito subjetivo com o conceito de liberdade de ação subjetiva, ao afirmar:

(...) direitos subjetivos (*rights*) estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade. E eles definem liberdades de ação iguais para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas, tidas como

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 82.

¹² *Idem, Ibidem.*

¹³ *Idem*, p. 109.

¹⁴ *Idem, Ibidem.*

¹⁵ *Idem, Ibidem.*

¹⁶ Ver BARBIERI DURÃO, Aylton. A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas. In: **Revista Internacional de Filosofia da Moral**. Florianópolis. v. 5, n. 1, 2006, p. 105.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 113.

portadoras de direitos.¹⁸

É exemplo de direito subjetivo o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dispõe:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.¹⁹

Pois bem, essa definição de direito subjetivo é compatível à integração social nos interesses funcionais de uma sociedade em que predomina o sistema econômico, por tal sociedade depender de “decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio.”²⁰ Porém, o direito, como já exposto anteriormente, também deve cumprir as condições precárias da integração social mediante operações de entendimento.

As leis, com o direito moderno, asseguram a compatibilidade das liberdades de ação, sendo que sua legitimidade depende de um processo legislativo baseado no princípio da soberania popular. Desde aqui, é possível deduzir que a elucidação do paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade²¹ pode ser extraída com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política.²²

Os direitos dos cidadãos são direitos subjetivos e, por isso, apresentam a estrutura dos direitos que conferem aos sujeitos esferas de liberdade de ação. Os direitos dos cidadãos obrigam de modo heterônomo, ou seja, não interferem nos motivos escolhidos pelo indivíduo para adequar seu comportamento em conformidade à regra. Considerando-se agora o processo legislativo democrático, é preciso acrescentar que os participantes devem, para além de seus motivos particulares, considerar as expectativas normativas, as quais implicam a consideração do bem comum. Então, o processo legislativo democrático deve auferir força legitimadora mediante um processo de entendimento entre os cidadãos sobre as regras que devem ordenar sua convivência. Em outras palavras, o direito deve realizar sua função de estabilizar expectativas mediante uma conexão interna com a força sociointegradora extraída da ação comunicativa.²³

Dessas considerações, nota-se uma conexão problemática entre liberdades subjetivo-privadas e a autonomia cidadã, de modo que Habermas buscará clarear a possibilidade de compatibilizar autonomia privada e autonomia pública, em fundamentar o

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 113.

¹⁹DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. In: **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. USP. In: FERREIRA FILHO, Manoel G. [et al]. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 114.

²¹ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 221.

²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 114-115.

²³ *Idem*, p. 115.

motivo pelo qual direitos humanos e soberania popular pressupõem-se reciprocamente. Nesse sentido, Habermas²⁴ sustenta que a conexão interna entre direitos humanos e soberania popular deve ser buscada no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, o qual é assegurado pela forma de comunicação representada pela formação discursiva da opinião e da vontade comuns. Isso porque o sentido da igualdade material que comporta a pretensão de legitimidade do direito moderno, ou seja, a pretensão de que uma norma reflete o interesse de todos em modo igual, reporta ao sentido de aceitabilidade racional (todos os seus destinatários poderiam aceitá-la mediante boas razões). Deste modo, Habermas reporta-se às condições pragmáticas dos processos de argumentação, para as quais deve impor-se tão somente a coerção do melhor argumento na formação da vontade política.²⁵

Habermas²⁶ chama assim a atenção para a força de legitimação da formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a capacidade ilocucionária do emprego da linguagem orientada ao entendimento é usada para harmonizar razão e vontade e para alcançar convicções nas quais todos os indivíduos possam chegar a um acordo sem coerções. Assim, a legitimidade do direito baseia-se em um mecanismo comunicativo, já que os membros de uma comunidade jurídica devem poder verificar se a norma em questão já encontra – ou poderia encontrar – o consentimento de todos os seus possíveis destinatários. E esses membros caracterizam-se como participantes em discursos racionais, ou seja, a formação de uma vontade racional é exercida através dos discursos.

Para Habermas o sistema dos direitos não pode resultar de uma leitura moral dos direitos do homem (como faz o liberalismo) nem de uma interpretação ética da soberania popular (como faz o republicanismo), mas de uma cooriginariedade da autonomia privada e pública mediante a tradução do modelo da autolegislação por uma teoria do discurso, ao apregoar que os participantes são ao mesmo tempo autores de seus direitos. O conteúdo dos direitos humanos deve ser submetido às condições formais para a institucionalização jurídica dessa formação discursiva da opinião e da vontade, em que a soberania do povo exige forma jurídica.²⁷ É neste contexto que entra o princípio do discurso.

3 Definição do princípio do discurso e do princípio da democracia

Habermas²⁸ passa a explicar o princípio do discurso. Tal princípio é neutro em relação à moral e ao direito, por referir-se a normas de ação em geral (da qual se ramificam as normas morais e jurídicas), e fornece o critério para o exame da legitimidade das normas de ação em geral. Esse princípio auxilia na análise da autonomia moral e da autonomia política como cooriginárias (a autonomia política, então, não seria mera cópia da autonomia moral). O princípio do discurso é assim expresso: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 137.

²⁵ *Idem, Ibidem.*

²⁶ *Idem*, p. 138.

²⁷ *Idem*, p. 139.

²⁸ *Idem*, p. 141.

discursos racionais.”²⁹

É preciso esclarecer o significado das principais categorias que aparecem na definição acima. O vocábulo “válidas” reporta-se a normas de ação e aos correspondentes enunciados normativos gerais ou universais, comportando um sentido não especificado de validade normativa – não especificado porque é indiferente à diferença entre moralidade e legalidade. As normas de ação são assim definidas por Habermas: “Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente.”³⁰ Os afetados por essas normas de ação são assim caracterizados: “Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas.”³¹ Já o discurso racional é assim definido por Habermas:

E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.³²

Habermas parte da ideia de que o princípio do discurso funda-se no pressuposto de que as questões práticas podem ser avaliadas de modo imparcial e decididas racionalmente, ou seja, mediante relações simétricas entre os participantes. Na base desse pressuposto, o princípio do discurso esclarece aqueles pontos pelos quais “é possível fundamentar imparcialmente normas de ação.”³³

Dependendo do tipo de questão prática (sejam questões pragmáticas, questões éticas ou questões morais), o princípio do discurso leva à diferenciação entre diversos tipos de discursos – e negociações reguladas em termos procedimentais –, e cada tipo de discurso terá regras de argumentação para dar uma resposta ao problema correspondente (seja pragmático, seja ético, seja moral), de modo que tais regras operacionalizam o princípio do discurso. Então, por exemplo, os discursos que tratam de questões de pragmática formal podem ser fundamentados como forma de reflexão da ação comunicativa, partindo dos pressupostos universais da argumentação.³⁴

O princípio do discurso, então, é apresentado em uma versão abstrata, de modo que depois o princípio moral e o princípio democrático são especificações dele. Por exemplo, enquanto o princípio moral regula interações informais e simples entre pessoas, o princípio da democracia regula a interação entre pessoas de direito que se entendem como detentoras de direitos. Assim, os discursos racionais pressupostos pelo princípio do discurso envolvem

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 142.

³⁰ *Idem, Ibidem.*

³¹ *Idem, Ibidem.*

³² *Idem, Ibidem.*

³³ *Idem*, p. 143.

³⁴ *Idem*, p. 144.

argumentos morais, de um lado, e argumentos políticos e jurídicos, do outro.³⁵

Habermas esclarece que o princípio da democracia tem por fim fixar um procedimento para a produção legítima das normas jurídicas, movendo-se assim em um nível diferente do princípio moral. O princípio da democracia prescreve que as leis jurídicas possuem validade legítima desde que acompanhadas do consentimento de todos os participantes do direito através de um processo discursivo de produção de normas jurídicas. Como caracteriza Habermas, “o princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente”.³⁶

O princípio moral exerce o papel de regra de argumentação para a decisão racional de questões morais; já o princípio democrático tem por condição preliminar a possibilidade de decidir racionalmente questões práticas e responde como é possível institucionalizar a formação política racional da opinião e da vontade: através de um sistema dos direitos que garanta a cada qual igual participação no processo de produção de normas jurídicas.

O princípio da democracia volta-se ao âmbito de institucionalização externa da participação simétrica na formação discursiva da opinião e da vontade política, participação esta que se realiza em formas de comunicação asseguradas juridicamente³⁷. O princípio democrático “é talhado na medida das normas do direito.”³⁸ Para a norma tornar-se jurídica passou por uma evolução social, não advém de simples interações naturais, mas de um caráter artificial, já que constituídas de modo intencional, reflexivo, o que leva Habermas a concluir: “Por isso, o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio medium do direito.”³⁹

Segundo o princípio do discurso, é preciso verificar quais são as condições que os direitos devem cumprir para se conformarem à constituição de uma comunidade de direito e para que sirvam como meio de auto-organização desta comunidade. Assim, além do sistema dos direitos, é necessário criar a linguagem pela qual essa comunidade possa entender-se “enquanto associação voluntária de membros do direito iguais e livres”⁴⁰. As duas tarefas que o sistema dos direitos deve cumprir são: a) a institucionalização de uma formação racional da vontade política; b) assegurar o meio pelo qual tal formação possa se expressar como vontade comum dos membros de uma comunidade jurídica que possa se entender enquanto produto de uma associação livre.⁴¹

4 O nexó entre o princípio do discurso e o princípio da democracia

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 291.

³⁶ *Idem*, p. 145.

³⁷ *Idem*, p. 146.

³⁸ *Idem, Ibidem*.

³⁹ *Idem, Ibidem*.

⁴⁰ *Idem, Ibidem*.

⁴¹ *Idem*, p. 147.

Um sistema dos direitos que comporte a autonomia privada e a autonomia pública deve admitir os direitos fundamentais que os cidadãos devem outorgar entre si para regular de modo legítimo a própria convivência pelo meio do direito positivo.

A autonomia privada é assegurada através das liberdades subjetivas individualmente imputáveis, de modo que tal autonomia pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa. Para o entendimento da autonomia privada, convém iniciar ressaltando o conceito de liberdade comunicativa. Habermas adota o mesmo conceito de liberdade comunicativa empregado por Klaus Günther⁴², ao afirmar:

(...) eu entendo a “liberdade comunicativa” como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo.⁴³

A liberdade comunicativa exige que os atores busquem o mútuo entendimento mediante um enfoque performativo, de modo que esperam posicionamentos diante de pretensões de validade levantadas entre si. A ação comunicativa traz como pressuposto a intersubjetividade das relações, por isso, a liberdade comunicativa apresenta obrigações ilocucionárias. Uma pessoa somente pode posicionar-se com um sim ou um não diante de uma pretensão de validade sujeita a crítica se o outro está disposto a justificar sua pretensão mediante atos de fala. Nesta interação, contam apenas as razões aceitas em comum pelas partes.

Ao contrário, no âmbito da autonomia privada, para um ator que toma sua decisão com base na liberdade subjetiva, não tem tanta importância se as razões que para ele são decisivas também poderiam ser aceitas pelos outros. A autonomia privada, então, abandona o espaço público da liberdade comunicativa e reduz-se a “uma posição de observação e de influência recíproca.”⁴⁴ Assim, pela autonomia privada o sujeito não precisa mais apresentar argumentos públicos aceitáveis acerca de seus planos de ação; está eximido da ação comunicativa; estabelece uma privacidade que dispensa a liberdade comunicativa reconhecida reciprocamente.

No entanto, é preciso entender que o direito deve garantir a autonomia privada, sendo tal garantia um pressuposto do próprio princípio do discurso – como se constatará a seguir, pelo direito a iguais liberdades subjetivas de ação –, o que é feito pela harmonização entre si das liberdades subjetivas, as quais devem ser respeitadas, mas colocadas condições para o uso dessas liberdades subjetivas.

Segundo Habermas, o princípio do direito kantiano estabelece um direito a liberdades subjetivas de ação, sendo que Kant assim expõe tal princípio universal do direito:

⁴² GÜNTHER, Klaus. Die freiheit der Stellungnahmealspolitisches Grundrecht. In: KOLLER, P. [et al]. **Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik**: Cad. Supl.De ArchivfürRechts – und Socialphilosophie, 51, 1991.p. 58 e ss.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 155.

⁴⁴ *Idem*, p. 156.

“age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal [...]”⁴⁵ Esse princípio, segundo Habermas, poderia ser entendido da seguinte forma:

(...) deve ser constituído um código jurídico na figura de direitos subjetivos, os quais imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa. Entretanto, o princípio jurídico não exige apenas o direito a liberdades subjetivas em geral, mas também iguais liberdades subjetivas. A liberdade de cada um deve poder conviver com a igual (*gleiche*) liberdade de todos, segundo uma lei geral.⁴⁶

Em Kant o princípio universal do direito é quem confere legitimação, o que, na concepção de Habermas, resulta em uma subordinação do direito à moral. Para Habermas, o direito a iguais liberdades subjetivas não pode ser entendido como um direito fundado moralmente ao qual o legislador político deve apenas positivar – como Habermas atribui a Kant⁴⁷ –, mas deve ser entendido sob o ângulo de uma “normatização politicamente autônoma”⁴⁸, dentro de uma perspectiva que envolva a autonomia política, posto que o direito legítimo harmoniza-se apenas com uma coerção jurídica que não contrarie os motivos racionais de obediência do direito. Assim, a autolegislação dos cidadãos é concebida por Habermas⁴⁹ em termos mais gerais e neutros que uma autolegislação moral de pessoas particulares, exigindo assim que os próprios destinatários do direito possam ser compreendidos como autores do direito. Entra-se, assim, na concepção de autonomia pública.

Nesse sentido, a autolegislação dos cidadãos não pode ser inferida de uma autolegislação moral, posto que a posição de um indivíduo como legislador moral não o torna um sujeito do direito ou destinatário do direito, apenas a normatização politicamente autônoma pode fazê-lo.⁵⁰ É por esse motivo que Habermas introduziu o princípio do discurso, o qual, inicialmente, é neutro em relação à moral e ao direito, porém, com o princípio da democracia ele é entrelaçado com uma forma jurídica. Assim, o princípio do discurso, pela institucionalização jurídica, adota a forma de um princípio democrático, responsável por atribuir legitimidade ao processo de produção do direito.⁵¹

A gênese do entrelaçamento entre o princípio do discurso e o princípio da democracia é descrita por Habermas⁵² dentro de uma lógica de direitos: inicia quando o princípio do discurso é aplicado ao direito a liberdades subjetivas de ação e termina quando há

⁴⁵ “[...] handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne [...]” KANT, I. *DMS*, 1968, p. 231, 10-12. Trad. de José Lamago: KANT, I. *A Metafísica dos Costumes*, 2004, p. 44. (Grifo nosso).

⁴⁶ HABERMAS. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, 2003, p. 156-157.

⁴⁷ SILVA, Felipe Carreira da. *Espaço público em Habermas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2002. p. 141e ss.

⁴⁸ *Idem*, p. 157.

⁴⁹ *Idem*, p. 157-158.

⁵⁰ Ver CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 229.

⁵¹ HABERMAS. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, 2003, p. 158.

⁵² *Idem, Ibidem*.

a institucionalização jurídica de condições para a realização discursiva da autonomia política, através da qual a autonomia privada torna-se objeto de desenvolvimento e configuração jurídica. Constitui-se um processo circular em que o código do direito e o princípio da democracia constituem-se mutuamente em modo cooriginário.

5 As cinco categorias de direitos fundamentais que constituem o código do direito

Quando o princípio do discurso é aplicado ao *medium* do direito, ou seja, “às condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral”⁵³, então, segundo Habermas, surgem três categorias de direitos que constituem o código do direito, responsáveis por fixar o *status* das pessoas de direito:

1 – Direito a iguais liberdades subjetivas de ação: “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.”⁵⁴ Através do princípio do discurso constata-se que as pessoas devem ter o direito à maior igualdade possível de liberdade subjetiva de ação, o que constitui um parâmetro de legitimidade das regulamentações. Reporta-se assim ao princípio do direito kantiano, enquanto este sustenta que o código do direito deve conter direitos subjetivos que garantam a autonomia privada de sujeitos do direito.⁵⁵

2 – Direito à associação: é correlato ao primeiro, consistindo nos “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de membro numa associação voluntária de parceiros do direito.”⁵⁶ Uma norma jurídica deriva de um legislador em um tempo determinado e dentro de um espaço geográfico delimitado, onde existe uma coletividade de parceiros do direito, o que se justifica em razão de os sujeitos do direito terem de ceder seus direitos ao uso da força para um ente que monopoliza o uso da força. Deste modo, um código jurídico possui direitos que regulamentam determinados parceiros jurídicos, o que consente diferenciar entre cidadãos e estrangeiros. Na forma de Estado, esses direitos são denominados de direitos de participação no Estado. O princípio do discurso consente verificar que os sujeitos do direito não podem ter seu direito de pertença subtraído, no entanto, é admissível o direito de renunciar ao *status* de membro.⁵⁷

3 – Direito às garantias do procedimento jurídico: também correlato ao primeiro, há os “Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”⁵⁸. Portanto, é preciso dar a garantia dos meios jurídicos através dos quais quem sentir-se lesado em seu direito possa pedir uma tutela, de modo que o direito seja interpretado e aplicado dentro de um procedimento especial. Assim, é preciso assegurar o acesso a tribunais independentes e imparciais, que decidam dentro dos parâmetros legais. O princípio

⁵³ HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 159.

⁵⁴ *Idem, Ibidem.*

⁵⁵ *Idem*, p. 160.

⁵⁶ *Idem*, p. 159.

⁵⁷ *Idem*, p. 161.

⁵⁸ *Idem*, p. 159.

do discurso consente a fundamentação dos direitos ligados à administração da justiça que assegure a todos igual proteção jurídica, igual direito de ser ouvido, igualdade na aplicação do direito, ou seja, igualdade perante a lei etc.⁵⁹

Tais direitos fundamentais asseguram a autonomia privada dos sujeitos do direito na medida em que estes reconheçam entre si seu papel de destinatários de leis, outorgando reciprocamente o *status* pelo qual podem reivindicar direitos e fazê-los respeitar uns frente aos outros. Sem esses três direitos não é possível falar em direito legítimo.

Essas três categorias de direitos são anteriores ao poder estatal – sem serem concebidos como direitos naturais –, constituindo direitos para uma institucionalização completa do código do direito, regulando as relações entre sujeitos livremente associados – portanto, não incluem direitos liberais de defesa do cidadão contra um poder estatal organizado. Porém, são direitos que precisam ser interpretados e desenvolvidos por um legislador político, posto que tal código não pode subsistir abstratamente, mas exige que os cidadãos, ao regular sua própria convivência pelo direito positivo, atribuam a si próprios determinados direitos.

É a partir da interpretação do direito a iguais liberdades subjetivas de ação que decorrem os direitos liberais como à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física, à liberdade de movimento, à propriedade etc. Os direitos à associação são concretizados mediante direitos como o da proibição da extradição, o direito de asilo, a cidadania etc. Já a garantia do procedimento jurídico é interpretada considerando garantias processuais e princípios do direito como, por exemplo, a irretroatividade, a proibição de ser mais de uma vez punido por um mesmo crime, a proibição de tribunais de exceção, a garantia da independência pessoal do juiz etc. Assim, as três categorias de direito acima explicitadas pendem de uma especificação como direito fundamental, funcionando como princípios jurídicos a orientar o legislador constituinte.⁶⁰

Até aqui, Habermas aplica o princípio do discurso à forma jurídica dentro de uma perspectiva teórica, ou seja, informando os direitos que os cidadãos deveriam se pautar se querem regular sua convivência de modo legítimo através do direito positivo. As três primeiras categorias de direito asseguram a autonomia privada no sentido de que os sujeitos do direito se reconheçam mutuamente como destinatários da lei; porém, para que os sujeitos do direito possam também exercer o papel de autores do direito, para que apliquem o princípio do discurso, é preciso avançar para mais duas categorias do direito, abaixo expostas:

4 – “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.”⁶¹ É somente nesta quarta categoria que os direitos fundamentais são juridicamente positivados, em que é concretizado o direito de comunicação e de participação nos processos de formação da opinião e da vontade para que os pressupostos de igualdade e simetria recebam uma conformação jurídica.

⁵⁹ HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 162.

⁶⁰ *Idem*, p. 162-163.

⁶¹ *Idem*, p. 159.

5 – “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).”⁶²

6 A autonomia política e o princípio do discurso

Através da interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso é possível elucidar a ligação interna entre direitos humanos e soberania do povo, e solucionar o paradoxo da legitimidade que deriva da legalidade.

A autonomia política exige que os sujeitos do direito tornem-se autores do direito a que são os destinatários, mediante um entendimento recíproco. Porém, tal autonomia só pode ser expressa através do código do direito, o que significa que os sujeitos do direito não escolhem o meio pelo qual realizar sua autonomia, posto que devem seguir a linguagem do código do direito, como explica Habermas: “A ideia da autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito.”⁶³

Através dos direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador são asseguradas as condições pelas quais os cidadãos podem examinar, através do princípio do discurso, se o direito que estão elaborando é realmente legítimo.⁶⁴ Deste modo, são os próprios cidadãos quem devem deliberar e, enquanto legisladores constitucionais, escolher como devem ser estruturados os direitos que forneçam ao princípio do discurso a forma jurídica apropriada para torná-lo um princípio democrático.

O princípio do discurso apregoa que as normas que podem pretender validade são aquelas que possam receber o consentimento de todos os seus destinatários potenciais, enquanto estes participam de discursos racionais. Segundo Habermas, os direitos políticos perseguidos devem assegurar a participação em todos os processos de deliberação e decisão na produção da norma, de modo que se construa uma igual liberdade comunicativa de posicionar-se diante de uma pretensão de validade sujeita a crítica. Organiza-se, assim, a formação da opinião e da vontade política, em que o princípio do discurso é aplicado.

Do mesmo modo que a liberdade comunicativa está relacionada a condições para o emprego da linguagem orientado ao entendimento, também o direito a fazer o uso público da liberdade comunicativa está vinculado a formas de comunicação e procedimentos discursivos de deliberação e decisão, garantidos juridicamente, os quais devem assegurar que os resultados alcançados de acordo ao procedimento tenham legitimidade.⁶⁵

Desse modo, é possível verificar que a igualdade de direitos políticos tem por efeito a juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos; e tal liberdade comunicativa requer condições para a formação discursiva da opinião e da vontade política,

⁶² HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 160.

⁶³ *Idem*, p. 163.

⁶⁴ *Idem*, p. 164.

⁶⁵ *Idem*, *Ibidem*.

que viabilize o exercício da autonomia política, colocando em prática os direitos políticos. É dessa forma que se torna possível visualizar a interrelação entre soberania do povo e direitos humanos, e a cooriginariedade da autonomia política e da autonomia privada.⁶⁶ Como esclarece Habermas:

Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente.⁶⁷

Previamente à autodeterminação dos cidadãos chega apenas o princípio do discurso e o *medium* do direito, já que para Habermas tal *medium* é essencial para que se consiga, no processo de legislação, que o princípio do discurso torne-se um princípio da democracia. Os direitos de liberdade que reconhecem uma pessoa como sujeito do direito, assegurando sua integridade, são condições necessárias que possibilitam o exercício da autonomia política e, por isso, não podem limitar a soberania do legislador, já que condições possibilitantes não restringem aquilo que formam. O princípio do discurso torna-se um princípio da democracia pelo *medium* do direito caso ambos se interliguem entre si, desenvolvendo um sistema do direito que posicione a autonomia privada e a autonomia pública em uma relação de pressuposição recíproca.⁶⁸

O princípio de que todo poder do Estado provém do povo deve ser especificado na forma de liberdades de opinião e informação, de liberdades de reunião e associação, de liberdades de consciência e crença religiosa, de direitos de participação em eleições e votações políticas, de participação em partidos políticos ou movimentos civis etc. No entanto, o sistema dos direitos não precede ao legislador constitucional como um direito natural; segundo Habermas, o cidadão serve-se de uma compreensão intuitiva do princípio do discurso e do conceito de forma jurídica ao realizar a empresa que se comprometeram construir mediante a decisão de regular legitimamente a própria convivência pelo direito.⁶⁹

Considerações finais

Partindo-se da metáfora da dupla face de Janus, é possível afirmar que o sistema dos direitos garante a autonomia privada e pública, posto que uma das faces do direito mira aos seus destinatários e a outra face aos seus autores. Assim, de um lado, o sistema dos direitos serve para submeter à lei cogente o arbítrio dos indivíduos que agem movidos pelos próprios interesses e orientados pelo êxito, criando assim compatibilidade entre as liberdades subjetivas de ação. De outro lado, o sistema dos direitos reúne as liberdades comunicativas dos cidadãos, que estão presumivelmente orientados pelo entendimento, na prática da autolegislação.

⁶⁶ HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, p. 164-165.

⁶⁷ *Idem*, p. 138.

⁶⁸ *Idem*, p. 165.

⁶⁹ *Idem*, p. 166.

O código do direito exige que os direitos de comunicação e de participação devem ser elaborados em uma linguagem que consente aos sujeitos autônomos decidir “se” e “como” querem fazer uso de tais direitos. Deste modo, explica Habermas:

Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa.⁷⁰

A compreensão discursiva do sistema dos direitos exige a consideração de dois aspectos: **a)** a legitimação da produção do direito recai sobre os procedimentos juridicamente institucionalizados de formação da opinião e da vontade comum; **b)** “a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.”⁷¹ Deste modo, Habermas explica os pressupostos que os membros da comunidade jurídica devem considerar para ter por legítima sua ordem jurídica.

É possível constatar que a teoria do direito e da democracia de Habermas entende pela cooriginariedade entre os direitos que garantem a autonomia privada e os direitos que garantem a autonomia pública dos cidadãos, como condições recíprocas entre si, como condições mútuas de possibilidade, sem que se pretenda realizar uma relação de subordinação entre eles.⁷² Assim, os direitos subjetivos que asseguram a autonomia privada não limitam nem obstaculizam as deliberações do legislador político, já que constituem condição de possibilidade, ao mesmo tempo em que se prestam como conteúdo de normas jurídicas a serem definidas no processo legiferante. Além disso, os direitos fundamentais, para Habermas, fazem parte de uma comunidade jurídica de membros livres e iguais e “nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*.”⁷³ Porém, o reconhecimento de direitos não se estabiliza a si mesmo, requer um poder estatal.

A autonomia política é quem confere legitimidade ao processo de legislação, enquanto os cidadãos podem reconhecer a si próprios como destinatários das normas, sendo que o princípio da democracia gera legitimidade, e o faz de modo que os direitos subjetivos assegurem a autonomia privada, sendo tais direitos subjetivos condição de possibilidade da autonomia pública e vice-versa.

⁷⁰ HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2003, p. 167.

⁷¹ *Idem*, p. 168.

⁷² REPA, Luiz. **A cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular**: a crítica de Habermas a Kant e Rousseau. v. 36. Marília: UNESP, 2013, p. 103-120.

⁷³ HABERMAS, J. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. v. 1. 2003, p. 169.

Referências

BARBIERI DURÃO, Aylton. A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas. *In: Revista Internacional de Filosofia da Moral*. Florianópolis. v. 5, n. 1, 2006, pp. 103-120.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. *In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP. In: FERREIRA FILHO, Manoel G. et al. Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>

GÜNTHER, Klaus. Die freiheit der StellungnahmealspolitischesGrundrecht. *In: KOLLER, P. et al. TheoretischeGrundlagen der Rechtspolitik*: Cad. Supl. De Archivfür Rechts – und Socialphilosophie, 51, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad.. Flávio Beno Siebeneichler. I v. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. II v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. **Die Metaphysik der Sitten**. *In: KANTS WERKE*: Akademie-Textausgabe. Band VI. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968.

REPA, Luiz. A cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular: a crítica de Habermas a Kant e Rousseau. Marília: UNESP. v. 36. 2013.

SILVA, Felipe Carreira da. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2002.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Recebido em: 10 de janeiro de 2014

Aceito em: 20 de maio de 2014